

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 63, ISSN: 0124-700X

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Artículo de reflexión crítica:
El procedimiento administrativo
colombiano de solicitud de
concesiones portuarias marítimas
en ejercicio del derecho de petición
en interés particular

Juan Manuel Cajiao Astorquiza



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN CRÍTICA:
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO DE
SOLICITUD DE CONCESIONES PORTUARIAS MARÍTIMAS
EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN
EN INTERÉS PARTICULAR

Cajiao Astorquiza, Juan Manuel

Artículo de reflexión crítica: El procedimiento administrativo colombiano de solicitud de concesiones portuarias marítimas en ejercicio del derecho de petición en interés particular / Juan Manuel Cajiao Astorquiza.—Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.

42 p. —(Borradores de Investigación; 63)

ISSN: 0124-700X

CONCESIONES / DERECHO ADMINISTRATIVO / ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS / DERECHO DE PETICIÓN / PUERTOS – ASPECTOS ECONÓMICOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / LEY 1 DE 1991 / PUERTOS – LEGISLACIÓN / COLOMBIA / I. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / II. Título / III. Serie

342.066 SCDD 20

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN CRÍTICA:
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO DE
SOLICITUD DE CONCESIONES PORTUARIAS MARÍTIMAS
EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN
EN INTERÉS PARTICULAR

Autor

Juan Manuel Cajiao Astorquiza

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2011

Juan Manuel Cajizo Astorquiza
Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo
Rodrigo Díaz

Diseño de cubierta
Fredy Johan Espitia Ballesteros

Diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSN: 0124-700X

Este documento circula con la revista Estudios Socio-Jurídicos de la Facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Todos los derechos reservados
Primera edición: Octubre de 2011

Impresión: Xpress
Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA	9
II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO DE SOLICITUD DE CONCESIÓN PORTUARIA MARÍTIMA EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN EN INTERÉS PARTICULAR.....	11
1. Análisis de la exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos colombiano.....	11
2. Breves consideraciones jurídicas sobre el contrato de concesión portuaria en el Derecho colombiano.....	18
3. La solicitud de concesión portuaria marítima en ejercicio del derecho de petición en interés particular	21
III. CONCLUSIONES.....	34
IV. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	37

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN CRÍTICA:

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO DE SOLICITUD DE CONCESIONES PORTUARIAS MARÍTIMAS EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN EN INTERÉS PARTICULAR *

Juan Manuel Cajiao Astorquiza **

Resumen. En Colombia, la construcción, operación y administración de los puertos exige el otorgamiento, por parte del Estado, de un contrato de concesión a sociedades portuarias, el cual se otorga previo agotamiento de un trámite administrativo especial de iniciativa privada, mediante el ejercicio del derecho de petición en interés particular o por medio de una oferta oficiosa impulsada por el Estado. Los trámites enunciados están previstos en la Ley 1ª de 1991, reglamentada actualmente por el Decreto 4735 de 2009. Si bien el régimen legal prevé mecanismos que permiten la comparecencia de terceros dentro del trámite, no contempla la manera como debe tramitarse la solicitud de concesión portuaria, radicada por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, cuando ésta no es una oposición o propuesta alternativa a una solicitud, sobre una misma área en estudio de petición de concesión.

Palabras clave. Concesión portuaria, procedimiento administrativo, proceso administrativo, derecho de petición, estatuto portuario, sociedad portuaria.

Abstract. In Colombia, the construction, operation and management of ports, the state requires the granting of a port concession to port companies, which is given

* Artículo de Maestría de Derecho Administrativo que circula con la revista Estudios Socio-Jurídicos 13-2 RESJ.

** Abogado, egresado de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad del Rosario. Estudiante de cuarto semestre de la Maestría en Derecho Administrativo de la misma universidad.

prior exhaustion of an administrative special private initiative, through the exercise of the right of petition by a particular, or through a bid led by the State. The procedures are set out under Law 1st of 1991 and Decree 4735 of 2009. The legal system but provides mechanisms for the appearance of third parties in the process, it does not contemplate the way two port concession requests should be processed if one of them is located outside the period provided for in article 10 of Law 1 of 1991.

Keywords. Port concession, administrative proceedings, administrative process, right of petition, ports law, port company.

I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Se dice que el puerto, en *sentido amplio, es un centro de actividad económica*.¹ Para que ese centro de actividad económica opere, el ordenamiento jurídico consagra un elemento formal, esto es, el procedimiento administrativo objeto de estudio, el cual puede culminar con un acto jurídico en virtud del cual la Nación, a través de la autoridad competente, autoriza el desarrollo de las actividades portuarias, en tanto este tipo de operaciones estén intervenidas por el Estado, por trascender los intereses privados y entrar a la esfera de lo público.² No en vano, la exposición de motivos de la Ley 1ª afirma que “no se concibe un puerto sin una concesión portuaria”,³ lo que demuestra la intervención estatal.

Teniendo en cuenta la importancia de la actividad portuaria en el desarrollo económico de un país, y el contexto globalizado mundial, este artículo pretende analizar la idoneidad y pertinencia del procedimiento administrativo de solicitud de concesión portuaria en ejercicio del derecho de petición en interés particular, para regular situaciones como la simultaneidad de solicitudes, cuando la segunda de ellas está por fuera de los términos previstos en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991 y no está referida a una oposición o a una propuesta alternativa sobre una misma zona en estudio de solicitud de concesión.

Así, el documento inicia con un breve análisis de la exposición de motivos del Estatuto Portuario, partiendo del contexto histórico en el cual se expidió y teniendo en cuenta la situación de la empresa Puertos de Colombia (Colpuertos), encargada en ese entonces de la administración del sector portuario. Posteriormente, se mencionan los objetivos fundamentales del Estatuto, de cara a la realidad actual, con el fin de verificar hasta qué punto se han cumplido, para proceder a estudiar los criterios orientadores y los principios generales de la ley, con el propósito de entender los fun-

1 BURKHALTER los denomina centros comerciales que combinan recursos naturales, mano de obra y capital para prestar servicios a exportadores, importadores y transportadores (cfr. BURKHALTER, Larry. *Privatización portuaria: bases, alternativas y consecuencias*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 1999, p. 28).

2 SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. *Manual de Derecho administrativo (II)*. 1ª edición, Universidad Europea de Madrid-CEES, Editorial Colex, 1997, pp. 192 y 193.

3 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1ª DE 1991. Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990, p. 6.

damentos del Estatuto así como los lineamientos jurídicos que regulan el otorgamiento de las concesiones portuarias en el país.

Una vez estudiados los antecedentes y la teleología de la Ley 1ª, se aborda el estudio del contrato de concesión portuaria, particularmente en el Derecho nacional, analizando el procedimiento administrativo especial, planteando el caso objeto de estudio. El ejercicio pretende concluir si el procedimiento administrativo es idóneo como instrumento para cumplir los principios orientadores de las actuaciones administrativas y materializar los principios de la contratación estatal colombiana. Lo anterior, como quiera que la precisión en los enunciados normativos exige un adecuado ejercicio de la técnica legislativa, complementada por una correcta reglamentación de la Administración.

II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO DE SOLICITUD DE CONCESIÓN PORTUARIA MARÍTIMA EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN EN INTERÉS PARTICULAR

1. Análisis de la exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos colombiano

1.1. El contexto histórico

La Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos, nació en el contexto de la globalización económica y el fortalecimiento de un nuevo orden económico mundial, como una respuesta al proceso de *integración económica, competitividad y aumento del comercio internacional*.⁴

El objeto de la mencionada ley era reestructurar el sector portuario nacional, atendiendo al proceso de integración y crecimiento económico del país⁵ y conside-

4 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1ª DE 1991, cit. La exposición de motivos del Estatuto Portuario encabeza así: “Las profundas transformaciones políticas y económicas que se han vivido en el mundo en los últimos años, tendientes a la creación de un nuevo orden económico internacional caracterizado por la integración económica, competitividad y aumento del comercio internacional obligan a Colombia a definir una nueva política portuaria, para aprovechar las oportunidades que ese nuevo orden ofrece...”.

5 Al respecto Luis Alberto ZULETA JARAMILLO, Edna Carolina SASTOQUE R. y Francisco GONZÁLEZ expresan: “... Los estudios recientes han mostrado que los procesos de reestructuraciones portuarias en distintos países se han encaminado principalmente a la reducción de costos portuarios con el fin de contribuir a disminuir los costos totales de transporte y lograr de esta manera un mayor crecimiento del comercio internacional y una mejor posición competitiva en el comercio mundial...”. Según los autores, ante la concentración en el Estado de la organización de los puertos y del transporte a nivel mundial, sin tener en consideración las leyes del mercado, la lentitud y los altos costos en las operaciones de movilización de carga y pasajeros, el bajo nivel tecnológico, el surgimiento de fuertes sindicatos de estibadores y las excesivas reglamentaciones, mostraron la necesidad de reestructurar el modelo portuario, introduciendo modificaciones administrativas, operacionales, institucionales y financieros que permitieran adaptar los puertos a las exigencias del mercado, conduciendo a reformas que en la mayoría de los casos involucraron al sector privado, como ocurrió en Colombia, México y Chile. La transición a los operadores privados se inició en la década de los noventa, y en la mayoría de los países latinoamericanos la administración general de los puertos se desmanteló y la propiedad se trasladó hacia los gobiernos locales, pasando el papel del gobierno central al de regulador del sector (ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. *¿Por qué ha sido tan exitosa la reestructuración portuaria en Colombia?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia,

rando la importancia de los puertos como puntos de distribución de las mercancías en el comercio internacional.⁶

Como consecuencia de la expedición de la Ley 1ª surgió el actual *Procedimiento administrativo de solicitud de concesiones portuarias*, con características específicas que lo particularizan y lo diferencian del procedimiento administrativo general consagrado en el Código Contencioso Administrativo.

El principal instrumento introducido por la Ley 1ª para garantizar un sistema portuario eficiente y competitivo en el ámbito internacional, facilitando la reestructuración portuaria nacional, fue la integración del capital privado con el sector portuario, administrado hasta entonces por el Estado.⁷

2003. Cfr. pp. 45-52 y 96). Para el caso de México, hasta 1993 los servicios portuarios eran prestados por la empresa Puertos Mexicanos (Pumex), la cual presentaba dificultades en sus rendimientos y en las funciones a su cargo. Por ello se produjo la reforma al sector portuario y, como lo afirma Jorge CARRILLO TOBOS: "... se consideraron objetivos que fueron plasmados en la exposición de motivos dentro del proceso de expedición de la ley de puertos como: 'a) coadyuvar en el crecimiento y la competitividad de la economía y el comercio, b. promover la descentralización, c. promover la desregulación y e. promover la participación del sector privado en aras de la búsqueda de la eficiencia económica'" (CARRILLO TOBOS, Jorge. *Concesiones portuarias en Colombia: caso Buenaventura*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008, p. 49).

6 A pesar de que tradicionalmente el puerto es considerado un punto de transferencia de las mercancías de tierra al barco y viceversa, conocidos como "puertos de primera generación", la Organización de las Naciones Unidas ha clasificado los puertos en tres categorías: el puerto tradicional, al cual se hizo referencia anteriormente, punto de intercambio de mercancías de tierra al barco y viceversa, típicos puertos que existieron hasta la década de los cincuenta; "puertos de segunda generación", en torno a los cuales se desarrolla una actividad industrial que recibe las materias primas o produce las mercancías para ser exportadas, conocidos como puertos industriales de la década de los sesenta y los setenta; y "puertos de tercera generación", que aparecen en la década de los ochenta, basados en el mercadeo e intercambio electrónico de datos, cuyo objetivo es funcionar como un centro de distribución de cargas o plataforma de importación y exportación (SABATINO P., José Alfredo. "Los puertos: evolución, competencias y su rol para el nuevo milenio (su impacto sobre el negocio marítimo portuario)". En: ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, *op. cit.*, pp. 53 y 54).

7 "... La reestructuración del sistema portuario colombiano tuvo por lo tanto su origen en la necesidad de encontrar un esquema portuario más eficiente y competitivo, que respondiera a los retos del mundo globalizado y permitiera una más efectiva comercialización de los productos colombianos en el exterior. Para lograrlo, se abrió paso la idea de vincular el capital privado al sector con el fin de lograr que se actualizara la infraestructura y se aplicara un administración más efectiva y eficiente a la misma..." (MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Intervención pública, re-regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación*. Universidad del Quindío-Corporación José Ignacio de Márquez, 2005, p. 51). En el mismo sentido puede consultarse: ARIAS, Javier y GÓMEZ, Robinson. Contraloría General de la República, Contraloría

Fue así como se diseñó un sistema que permite crear puertos privados y al mismo tiempo operar la infraestructura del Estado anteriormente administrada por Colpuertos,⁸ a través del otorgamiento de concesiones.

1.1.1. Los antecedentes de la Ley 1ª de 1991⁹

Si bien la doctrina nacional es escasa en el estudio de las concesiones portuarias y el procedimiento para su otorgamiento, hay que advertir que varias de las fuentes consultadas coinciden en afirmar que la reforma al sector portuario era necesaria, debido a la crisis económica de Colpuertos,¹⁰ empresa que tenía el monopolio del

Delegada, Sector Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional. “Desarrollo de las concesiones portuarias en Colombia: sociedades portuarias regionales” [artículo en línea]. Bogotá, 19 de abril de 2010, 83 p. [consultado el 20/10/2010]. Disponible en http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/

- 8 La Empresa Puertos de Colombia fue creada mediante la Ley 154 de 1959, como empresa pública, descentralizada y vinculada al entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte. “... La empresa tenía a su cargo la dirección, administración, organización, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de servicio público. De la misma forma, llevaba a cabo las funciones de supervisión, control y regulación de las actividades operativas y de las instalaciones e infraestructura portuaria para las instalaciones de carácter privado...” (Zuleta Jaramillo, Luis Alberto; Sastoque R., Edna Carolina y González, Francisco. *Op. cit.*, p. 125).
- 9 Los estudios recientes han mostrado que los procesos de reestructuraciones portuarias en distintos países se han encaminado, principalmente, a la reducción de costos portuarios con el fin de contribuir a que disminuyan los costos totales de transporte y lograr así un mayor crecimiento del comercio internacional y una mejor posición competitiva en el comercio mundial (cfr. ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. *Op. cit.*, pp. 45 y ss.).
Sobre la modernización portuaria, BURKHALTER afirma: “En todo el mundo surge la necesidad de modernizar los puertos estatales administrados y operados por los gobiernos a fin de que puedan responder cabalmente a las exigencias que plantea la globalización de la economía. En este proceso, es fundamental que las medidas adoptadas se traduzcan en un incremento importante de la productividad y en una reducción sustancial de los costos. Es indudable que para lograr esos objetivos, es preciso realizar grandes esfuerzos y actuar con una enorme capacidad de decisión para vencer la inercia provocada por décadas de regulación, tráfico de influencias y, en algunos casos, corrupción estatal” (BURKHALTER, Larry. *Op. cit.*, p. 117).
- 10 “... La crisis de los puertos en Colombia se conformó con la acumulación de hechos a través de los años. Sin embargo, se agudizó en la década de los 80 cuando Colpuertos tuvo pérdidas durante 7 años, en dos obtuvo utilidades y en 1985 su balance financiero fue cero [...] Colpuertos presentó una acumulación creciente de ineficiencia debida (sic) esencialmente a una estructura institucional inadecuada que se reflejó en deficiencias administrativas, operacionales, financieras y laborales...” (ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. *Op. cit.*, pp. 127-34).

manejo portuario en Colombia, y al fenómeno de la globalización económica, el cual hacía necesario el desarrollo del sector en el país, estimulando y permitiendo la participación del capital privado en la actividad portuaria.¹¹

En virtud de la Ley 154 de 1959, se creó la empresa Colpuertos, como entidad pública descentralizada del sector nacional. Posteriormente, mediante el Decreto 561 de 1975, se transformó en empresa industrial y comercial del Estado, y en 1980, por Decreto 1174, fue reorganizada. Colpuertos fue creada con la finalidad de servir como entidad unificadora, entre otros aspectos, de los trámites y procedimientos portuarios, y como consecuencia de ello, la prestación de los servicios portuarios se centralizó y fue monopolizada por el Estado.¹²

11 La Unidad de Transporte de la División de Comercio Internacional, Financiamiento y Transporte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), en el documento *Curso sobre modernización portuaria: una pirámide de desafíos entrelazados*, 3 de febrero de 1997, expresa: "... En general la iniciativa para la participación privada en los puertos estatales se suscita en razón de uno o los tres factores siguientes: la competencia de otros puertos o la que se desencadena entre los propios usuarios, una plataforma política del gobierno en funciones y una propuesta pública contra los altos costos portuarios, las ineficiencias, los robos (sic) y la falta de disponibilidad de mercancías. Todos aquellos que ofrecen infraestructura y servicios portuarios deberían operar en un entorno comercial regido por los mecanismos del mercado o las leyes de la oferta y la demanda [...]. Para crear ese entorno comercial en los puertos, los gobiernos deben aprobar un régimen jurídico que conste de un componente de desregulación, descentralización, leyes antimonopolio y legislación expresa que determine cómo pueden participar los intereses privados" (p. 1). Otros autores que se refieren al tema de la privatización y la participación del sector privado en la actividad portuaria son: BURKHALTER, Larry. *Op. cit.*; ECHEVERRY CORREA, Fabio. Intervención en el seminario sobre *Los puertos de Colombia frente a la integración al mercado mundial*, organizado por la ANDI, Cali, abril de 1990, *Revista ANDI* (Medellín), No. 04, mayo-junio de 1990, pp. 7-10; FLÓREZ ENCISO, Luis Bernardo. "El transporte y el sistema portuario en la modernidad económica colombiana". *Carga Internacional*, Vol. 12, No. 41, octubre de 1990; MEDINA MORA, Óscar Humberto. *El puerto*. 1ª edición. Cartagena de Indias: Sepima Impresores, marzo de 2006; SALCEDO SALAZAR, Guillermo. *Aspectos básicos del transporte en Colombia*. Bogotá: Ediciones Angular, 1987, p. 187; SÁNCHEZ, Ricardo J. "Puertos y transporte marítimo en América Latina y el Caribe: un análisis de sus desempeño reciente". En: Cepal, Serie División de Recursos Naturales e Infraestructura, Naciones Unidas, diciembre de 2004, Santiago de Chile; ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. *Op. cit.*, capítulo II; VERGEL, Enrique. *La privatización portuaria y su impacto en el comercio exterior*. Universidad de los Andes, Facultad de Economía, enero de 1998, pp. 20-22; VILLEGAS GONZÁLEZ, Nora Lucía. "Trasfondo de la problemática en Puertos de Colombia", *Revista Antioqueña de Economía* (Medellín), No. 12, octubre-diciembre de 1983, pp. 49-55; VILORIA DE LA HOZ, Joaquín. *De Colpuertos a las sociedades portuarias: los puertos del Caribe colombiano, 1990-1999*. Cartagena de Indias: Banco de la República, 2000, pp. 1-22.

12 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1ª DE 1991, cit.; MEDINA MORA, Óscar. *Op. cit.* p. 17. Véase también: Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primer debate del proyecto de Ley 107 de 1990, por la cual se dicta el Estatuto de Puertos.

Las condiciones operativas y tecnológicas de los puertos públicos¹³ operados por Colpuertos resultaban insuficientes para atender las necesidades de comercio exterior del país.¹⁴ Esta circunstancia, aunada al incremento de la necesidad de movilizar cargas especializadas,¹⁵ y el aumento de entidades diferentes a Colpuertos estimularon la expedición de un estatuto que permitiera la participación del sector privado en la actividad portuaria.¹⁶

Así, el otorgamiento de concesiones por parte del Estado se convierte en el mecanismo para permitir la inserción del sector privado en el desarrollo de la actividad portuaria que, como lo afirma el tratadista Jorge Enrique Ibáñez Najar, ha cobrado importancia como *instrumento de política y gestión pública* en materia de infraestructura, servicios públicos, actividades económicas y bienes de dominio público,

-
- 13 Los denominados “puertos públicos” son aquellos que la empresa Colpuertos administraba con anterioridad a la expedición de la Ley 1ª, y en la actualidad corresponden a los administrados por las cinco (5) sociedades portuarias regionales, esto es, Buenaventura, Tumaco, Santa Marta, Cartagena y Barranquilla, cuya creación fue autorizada por el Estatuto Portuario en su artículo 34 y reglamentada por el Decreto 2910 de 30 de diciembre de 1991. La denominación de “puerto público” es común en la mayoría de las fuentes consultadas para referirse a dichos terminales, y por ello no debe confundirse con el concepto de puerto de servicio público, definido en el artículo 5, numeral 5.15 de la Ley 1ª como “... aquél en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones”. Adicionalmente, la Ley 1ª diferencia entre el puerto oficial y el puerto particular, el primero de los cuales “es aquel cuya infraestructura pertenece a una sociedad portuaria en donde alguna entidad pública posee más del 50% del capital...”.
- 14 Al respecto puede leerse la ponencia para primer debate en el Senado del proyecto de Ley 107 de 1990, por la cual se dicta el Estatuto de Puertos, en Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República.
- 15 La “carga”, desde el punto de vista del transporte, es “un conjunto de bienes o mercancías protegidas por un embalaje apropiado que facilita su rápida movilización”. Existen dos tipos principales de carga: general y a granel, las cuales se subdividen a su vez en suelta y unitarizada, y sólido y líquido, respectivamente. La carga general comprende una serie de productos que se transportan en cantidades más pequeñas que aquellas que a granel (RUIBAL, Alberto. *Gestión logística de la distribución física internacional*. S/l: Editorial Norma, s/f, p. 3).
- 16 Similares situaciones se presentaron en Chile y México, países en los cuales el manejo de los puertos estaba centralizado en empresas como la Empresa Portuaria de Chile (Emporchi) y Puertos Mexicanos (Pumex). En el caso de Chile, el Estado expidió las leyes 18.042 de 1981, por medio de la cual abolió la prestación portuaria exclusiva por parte de la empresa estatal, y 19.542 de 1997, mediante la cual creó diez empresas portuarias estatales, las cuales pueden transferir sus funciones a terceras empresas a través de concesiones adjudicadas por medio de licitaciones públicas. En México se expidió la Ley de Puertos DOF-19-07-1993, por medio de la cual se disolvió la empresa Pumex y se creó una Administración Portuaria Integral (API) en cada puerto o grupo de puertos, encargada de promover la participación privada utilizando la concesión por medio de licitaciones públicas. Al respecto puede verse Carrillo Tobos, Jorge. *Op. cit.*, pp. 43-51.

y puede considerarse un *instrumento de ejecución de las políticas públicas* relacionadas con la infraestructura que la comunidad requiere.¹⁷

En suma, debido a la dificultad de la infraestructura portuaria nacional para ofrecer las condiciones necesarias que permitieran garantizar un incremento del comercio exterior del país, la crisis económica de Colpuertos y factores económicos externos hicieron necesaria la expedición del Estatuto Portuario.

1.2. Los objetivos fundamentales de la Ley 1ª de 1991¹⁸

La expedición de la Ley 1ª obedeció a la necesidad de crear un estatuto armónico e integral sobre puertos, con el objeto de afrontar la crisis económica por la que atravesaba Colpuertos.¹⁹

El proyecto de ley del Estatuto Portuario se estructuró sobre cuatro objetivos básicos: 1) reordenar institucionalmente el desarrollo portuario nacional a través de la separación de las funciones de regulación e inspección de las de prestación de los servicios portuarios;²⁰ 2) liquidar la empresa Puertos de Colombia y asumir por parte de la Nación sus pasivos;²¹ 3) consagrar la libertad tarifaria dentro de un proceso

17 IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Ponencia sobre *Los contratos de concesión*, II Jornadas de Contratación Estatal, Cartagena de Indias, 29 y 30 de septiembre de 2003, pp. 2 y 6.

18 En 1990 el Ministerio de Obras Públicas y Transporte planteó al Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), Documento Conpes 2494 de 29 de octubre de 1990, tres alternativas para la modernización del sector portuario, así: a) el Estado, a través de la empresa, continuaría con el manejo de la carga pública y no permitiría la construcción de nuevas instalaciones portuarias de uso público ni privado; b) permitir al sector privado participar con los terminales del Estado en la movilización de la carga pública, facilitando la participación de dicho sector en la construcción y operación de nuevos puertos de servicio público y privado, mientras que el Estado continuaría administrando los terminales de Colpuertos; y c) la descentralización completa del sector portuario, a través de la participación de los particulares en la propiedad de los terminales y la creación de una autoridad portuaria y de planificación dependiente del Ministerio de Transporte, sin funciones operativas. Véase: ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 136 y 137.

19 Según la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera del Senado de la República, "... Al cierre de la vigencia de 1989 la Empresa carece de capacidad de endeudamiento ya que el total de pasivos sobrepasa el de activos, concluyendo que la Empresa Puertos de Colombia está técnicamente quebrada..." (Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primer debate, p. 91).

20 La exposición de motivos del proyecto de Estatuto de Puertos, presentada el 30 de octubre de 1990, enuncia, entre otros, el atraque en el muelle, el cargue y descargue de mercancías y el almacenamiento (Exposición de motivos al proyecto de ley "Por el cual se dicta el estatuto de puertos", 30 de octubre de 1990, Archivo Legislativo del Senado de la República, tomo 922, año 1991).

21 Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primer debate, pp. 92 y 93.

gradual; y 4) precisar las reglas mediante las cuales una sociedad portuaria podrá obtener en concesión las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación.²² Sobre este último objetivo se centrará nuestra atención, por ser el que guarda mayor relación con el objeto de la investigación, en cuanto pretende establecer los parámetros para el otorgamiento de una concesión a una sociedad portuaria, determinando las reglas a las cuales deberán sujetarse dichas sociedades para tal fin.

En relación con este último objetivo, en la exposición de motivos de la Ley 1ª se afirma que las concesiones portuarias pueden otorgarse como resultado de un *proceso*²³ *iniciado a petición de un particular o por iniciativa oficiosa de las autoridades*.

La Carta Política de 1991 en su artículo 29 se refiere al debido proceso, aplicable a todo tipo de actuaciones administrativas; el Decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo (CCA), se refiere a los procedimientos administrativos y ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.²⁴ El texto conciliado del Proyecto de Ley No. 315 de 2010 Cámara de Representantes-198 Senado de la República, “Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”, trae en su estructura referencias al procedimiento administrativo y al proceso contencioso administrativo.²⁵

22 Cfr. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1ª DE 1991, cit., p. 6. La concesión portuaria es exigida por el Estatuto Portuario como requisito para quien quiera establecer un puerto. Una de las características principales de los procedimientos a los que se refiere la ley, consiste en que a través de ellos deben agotarse todas las etapas de permisos previos o solicitudes administrativas, que se cumplen por regla general cuando se trata de desarrollar una empresa de importancia. El Legislador pretendió que todos los trámites y permisos se *concentraran* en el procedimiento previsto en la Ley 1ª de 1991, para que una vez obtenida la concesión, el puerto pudiera entrar en funcionamiento de manera ágil, evitando autorizaciones accesorias. En la práctica, los peticionarios tramitan simultáneamente con la solicitud administrativa de concesión, otros permisos como la licencia ambiental, la cual es requisito para el otorgamiento de la concesión, y posteriormente otro tipo de autorizaciones complementarias para la operación del puerto como la habilitación como zona primaria, otorgada por la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), cuando se pretende movilizar mercancías por medio importaciones y exportaciones, y los planes de Seguridad para las operaciones portuarias otorgados por la capitanía del puerto correspondiente.

23 *Ibíd.*

24 Véase: Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, parte primera, libro primero, y parte segunda, libro cuarto.

25 Véase: texto conciliado del Proyecto de Ley No. 315 de 2010, Cámara de Representantes-198, Senado de la República, título I, procedimiento administrativo, parte segunda, título V, demanda y proceso contencioso administrativo.

Si por proceso se entiende un conjunto de etapas sucesivas, concatenadas y tendientes a un mismo fin, es aceptable que tanto la actuación en sede administrativa como aquella en sede judicial constituyan un proceso, disímil, claro está, en cuanto a su finalidad. Mientras en sede administrativa la finalidad es la producción del acto, en sede judicial lo sería proferir la sentencia.

Sin compartir la idea que trae la reforma del Código Contencioso Administrativo, pues creemos que no se ajusta a lo expuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, preferimos utilizar el término *procedimiento*, para no confundirlo con el vocablo proceso, que es utilizado en la Ley 1437 con ocasión del ejercicio de la acción contencioso administrativa.²⁶

2. Breves consideraciones jurídicas sobre el contrato de concesión portuaria en el Derecho colombiano

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 establece que son contratos de concesión aquellos celebrados por las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona, llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra, o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.²⁷

El contrato de *concesión portuaria* está definido en la Ley 1ª de 1991, artículo 5, numeral 5.1, como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, hoy en día el Instituto Nacional de Concesiones, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal

26 Santofimio considera que todo proceso, tratándose de la función administrativa, implica la existencia de uno o más procedimientos para el logro de sus finalidades. En palabras del tratadista, el proceso administrativo es un trámite surtido ante la Administración, no litigioso, y “es una verdadera acción administrativa, tendiente a ejecutar finalidades también administrativas”, cuyo objeto es el acto administrativo (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op. cit.*, pp. 178 y 181).

27 Cfr. Ley 80 de 1993, artículo 32 [consultada el 18/06/2010]. Disponible en <http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/>

y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación y de los municipios o distritos donde operen los puertos.²⁸

De la lectura de las leyes 80 de 1993 y 1ª de 1991 se colige que *la concesión portuaria* es un contrato estatal, en cuanto el Estado actúa como concedente, otorgándole a un particular, concesionario, la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público, es decir, las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, con el fin de que este último construya y opere un puerto.

La *concesión portuaria* tiene características particulares que la diferencian de otros contratos. En efecto, este tipo de contrato está precedido de un trámite administrativo que finaliza con la expedición de un acto administrativo o resolución de otorgamiento; es decir, en un primer momento el Estado plasma su voluntad de otorgar el contrato por medio de un acto administrativo, para posteriormente suscribirlo con una sociedad portuaria.

Sobre la naturaleza jurídica del otorgamiento de la concesión portuaria, el Consejo de Estado ha precisado que el acto unilateral por medio del cual la Superintendencia General de Puertos y Transporte,²⁹ hoy el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), en virtud del Decreto 1800 de 2003, aprueba una solicitud de concesión portuaria, debe considerarse como el acto jurídico estatal contentivo del contrato de la concesión portuaria, razón por la cual puede considerarse un “acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público”, cuyas consecuencias son bilaterales, en cuanto involucra intereses del solicitante y del Estado como otorgante. Para el Consejo de Estado, del acto administrativo de aprobación de la solicitud de concesión portuaria se desprenden una serie de derechos, obligaciones y mutuas contraprestaciones que se asemejan a una relación contractual.³⁰

28 Cfr. Ley 1ª de 1991, artículo 5º [consultada el 18/06/2010]. Disponible en <http://www.secretariase-nado.gov.co>

29 Mediante el Decreto 101 de 2000, la denominación de Superintendencia General de Puertos cambió a Superintendencia de Puertos y Transporte.

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto No. 3599 (13862) del 15 de agosto de 2002, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, actor: Superintendencia General de Puertos, demandado: Atlantic Coal de Colombia S.A, radicación número: 25000-23-26-000-1997-3599-01(13862), referencia: proceso ejecutivo.

Con fundamento en lo anterior, la Corporación tipifica esta resolución como “un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público” del que se desprenden una serie de derechos, obligaciones y mutuas contraprestaciones que más se parecen a una relación contractual, por lo que tendría los efectos de un contrato estatal.³¹

Nos apartamos de la tesis del Consejo de Estado, pues en nuestro sentir el acto administrativo de aprobación de una concesión portuaria, si bien es contentivo de los elementos del contrato de otorgamiento, no constituye un negocio jurídico bilateral o contrato, *máxime* cuando este acto administrativo no finaliza la actuación administrativa, habida cuenta que no otorga formalmente el contrato de concesión.

Al respecto compartimos la posición del tratadista José Carlos Laguna de Paz, según el cual las concesiones tienen un efecto constitutivo, pues a través de ellas la Administración otorga al particular un derecho, del cual no era titular, para que lo ejerza, conservando la titularidad del servicio y del dominio público y las potestades de policía necesarias para asegurar el cumplimiento de las condiciones de la concesión.³²

Cabe decir que en el caso colombiano, si bien existe un acto administrativo previo que otorga la concesión, dicha voluntad de la Administración debe concretarse en la suscripción del contrato de concesión portuaria, es decir, que se conjugan dos actos jurídicos: uno unilateral, el acto administrativo de otorgamiento, y uno bilateral, el contrato de concesión portuaria, lo que hace que nos apartemos de Sánchez Goyanes, quien plantea que las autorizaciones y las concesiones se caracterizan ambas porque se otorgan mediante acto administrativo que requiere aceptación y son de otorgamiento discrecional e intransferibles.

31 El Consejo de Estado se ha referido al contrato de concesión como un “... procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos...” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1998, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, radicación número: 10217). En el mismo sentido, ver la sentencia de 30 de noviembre de 2006, radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01 (13074). Disentimos de este planteamiento, por cuanto no se debe equiparar el contrato de concesión a un procedimiento. En efecto, para el caso concreto de las concesiones portuarias, es cierto que éstas pueden otorgarse previo agotamiento de un trámite administrativo que culmina con un acto administrativo de otorgamiento, pero no por ello es posible afirmar que el contrato de concesión es un procedimiento; lo correcto sería afirmar que el contrato de concesión, en algunos casos específicos, como el portuario, está precedido de un procedimiento administrativo de otorgamiento.

32 MANZANEDO MATEOS, J. A. “El comercio exterior en el ordenamiento administrativo”. En: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra-España): Editorial Aranzadi, 2006, p. 85.

En suma, la concesión portuaria es un contrato estatal por mandato legal, cuya suscripción es consecuencia de un procedimiento administrativo previo y puede iniciarse a través de un derecho de petición en interés particular o de manera oficiosa.

Por ello consideramos que la concesión portuaria es un *contrato estatal atípico*, en cuanto está precedido de un procedimiento administrativo tendiente al otorgamiento por parte del Estado al particular, cuya fuente es el derecho de petición en interés particular.

3. La solicitud de concesión portuaria marítima en ejercicio del derecho de petición en interés particular

3.1. Acerca del derecho de petición en interés particular para solicitar una concesión portuaria

De conformidad con el régimen legal portuario vigente, el trámite administrativo especial de solicitud de concesiones portuarias puede iniciarse de varias formas, una de ellas ejerciendo el derecho de petición en interés particular.³³ Jaime Orlando Santofimio denomina a las razones procesales que conducen a las autoridades administrativas a producir una decisión administrativa *fuentes de las actuaciones administrativas*.³⁴ En este sentido, *el derecho de petición en interés particular*, es la fuente de uno de los procedimientos administrativos portuarios.

Pero antes que fuente sabemos que el derecho de petición es un derecho fundamental de origen constitucional y así lo ha precisado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, estableciendo su carácter "... determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa..."³⁵ y afirmando que mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.³⁶

33 Ley 1ª de 1991, artículo 9º; Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 6º.

34 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Op. cit.*, p. 194.

35 Corte Constitucional, sentencia C-510 de 25 de mayo de 2004, magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, referencia: expediente D-4923, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 "por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país", actor: Aura Gómez.

36 Corte Constitucional, sentencia C-510 de 25 de mayo de 2004, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis, referencia: expediente D-4923, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 "por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la

Consideramos atípico el uso de un derecho fundamental de contenido participativo y político³⁷ para obtener el “otorgamiento”³⁸ de un contrato estatal, porque la modalidad bajo la cual se ejerce podría llevar a pensar que no se garantiza realmente el principio de selección objetiva en la contratación estatal. Por ello, insistimos en denominar a la concesión portuaria *contrato estatal atípico*, en el cual consideramos que el procedimiento de contratación impulsado por el derecho de petición se asemeja a una contratación directa.

En nuestro sentir, la “atipicidad” del contrato de concesión portuaria radica en que encuentra su fuente en un derecho de contenido político y participativo, como lo es el derecho de petición en interés particular.

En el caso de las solicitudes de concesión portuaria, creemos que la Administración, más allá de resolver un derecho de petición, ejerce su facultad para otorgar y celebrar un contrato estatal con un particular. En nuestro criterio, se trata de la selección que el Estado hace para contratar con un particular, la cual curiosamente no se lleva a cabo entre varias propuestas simultáneamente, sino como consecuencia de la revisión de la solicitud presentada por un particular.

Por esa razón, creemos que no es el mecanismo más apropiado para poner en movimiento un procedimiento contractual del Estado, pues no debe olvidarse que subyace la motivación de obtener el otorgamiento de un contrato estatal, concesión

utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país”, actor: Aura Gómez. En el mismo sentido, ver las sentencias T-299 de 11 de julio de 1995, T-192 de 15 de marzo de 2007, T-199 de 28 de febrero de 2008 y T-272 de 11 de marzo de 2008. Las sentencias T-1160A de 2001 y T-1006 de 2001 establecen las reglas básicas que rigen el derecho de petición.

37 El tratadista Jaime VIDAL PERDOMO afirma: “... El derecho de petición es la facultad política de poder dirigirse a las autoridades, de cualquiera de las tres ramas del poder público [...] El derecho de petición significa una participación en la función pública...” (*op. cit.*, pp. 524-29). En el caso de las solicitudes de concesión portuaria, creemos que la Administración, más allá de resolver una solicitud elevada a través del derecho de petición, ejerce su potestad para otorgar y celebrar un contrato estatal. Adicionalmente, el término de cinco meses para decidir, es más amplio que el previsto en el C.C.A. para resolver el derecho de petición. Una de las dificultades que observamos es la configuración del silencio administrativo, ya que la inactividad de la administración puede acarrear su configuración. De configurarse el silencio, que por regla general es negativo, se lesionaría la igualdad y la selección objetiva del contratista, pues de antemano se le estaría negando al particular la posibilidad de celebrar el contrato de concesión, sin siquiera haber estudiado las condiciones en las cuales se plantea el proyecto.

38 Ley 1ª de 1991, artículo 14.

portuaria, por cuanto *stricto sensu* reiteramos que en nuestro sentir no se garantiza el principio de la selección objetiva. Adicionalmente, una de las dificultades que observamos es la configuración del silencio administrativo, ya que la inactividad de la Administración puede acarrear su configuración. De configurarse el silencio, que por regla general es negativo, se lesionaría la igualdad y la selección objetiva del contratista, pues de antemano se le estaría negando al particular la posibilidad de celebrar el contrato de concesión, sin siquiera haber estudiado las condiciones en las cuales se plantea el proyecto. La configuración del silencio administrativo en contra de un segundo peticionario podría acarrear implicaciones jurídicas perjudiciales para la Administración.

3.2. Trámite

Una revisión general del Estatuto Portuario y el actual Decreto Reglamentario permiten colegir que el procedimiento administrativo de solicitud de concesión portuaria, en ejercicio del derecho de petición en interés particular, *prima facie*, presenta las siguientes etapas:³⁹

3.2.1. Publicaciones del aviso de intención

Dentro de la cual el peticionario da a conocer a la comunidad su intención de solicitar al Estado el contrato de concesión portuaria, precisando todos los aspectos técnicos del proyecto.

Si bien es un acto del peticionario, consideramos que tiene una gran trascendencia en el procedimiento y en la situación planteada en el problema jurídico, por las siguientes razones:

- Permite dar a conocer a la comunidad en general la intención de una persona natural o jurídica de presentar al Estado una solicitud de concesión portuaria sobre un área geográfica determinada, precisando la ubicación, los linderos y la extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio y especificando las condiciones técnicas del

39 La denominación de cada una de las etapas no obedece a una clasificación o tipificación normativa, responde a un criterio formal nuestro para facilitar al lector la comprensión del procedimiento.

proyecto;⁴⁰ es decir, materializa los principios de *publicidad, transparencia y buena fe* del trámite que pretende culminar con el otorgamiento de un contrato estatal.⁴¹

- Determina el término dentro del cual los terceros pueden presentar oposiciones a peticiones alternativas a la solicitud de concesión portuaria.⁴²
- Establece el término dentro del cual debe radicarse la solicitud de concesión.⁴³
- Sirve como elemento probatorio para demostrar sobre cuáles áreas o zonas recae la solicitud del peticionario, en caso de presentarse otra solicitud sobre las mismas zonas, evento planteado en el problema de investigación.

40 Ley 1ª de 1991, artículo 9, numeral 9.8 y Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 8.

41 Según el Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, "... las actuaciones se adelantarán con sujeción a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad". La Ley 80 de 1993 en su artículo 23 también consagra que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal –y la concesión portuaria está definida como un contrato estatal– deben desarrollarse con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa.

42 Estas dos actuaciones pueden presentarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación de los avisos de intención (Ley 1ª de 1991, artículo 10 y Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 11). Creemos que la comparecencia de los terceros en el trámite es fundamental para garantizar principios como el de *contradicción*, que en términos de Sánchez Goyanes implica la intervención activa de todos los interesados en el procedimiento administrativo y que los intereses en juego se hagan valer en su presencia (SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. *Manual de Derecho administrativo (I)*. 1ª edición. Universidad Europea de Madrid-CEES, Editorial Colex, 1997, p. 264).

43 Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 7º. Sobre el particular surge el siguiente interrogante: si dentro del mes siguiente a la fecha de la última publicación, el peticionario debe radicar la solicitud, y al mismo tiempo, los terceros pueden comparecer oponiéndose o presentando una petición alternativa dentro de los dos (2) meses siguientes a la misma fecha, *¿querrá decir lo anterior que es posible oponerse a un trámite cuya intención se ha publicado pero que aún no ha sido radicado, es decir, cuando la Administración no ha expedido ningún acto preparatorio dentro del procedimiento?* De ser así, *¿en qué momento inicia el procedimiento de solicitud de concesión portuaria en ejercicio del derecho de petición en interés particular?* Creemos que el trámite inicia cuando se ha radicado la solicitud. No obstante, la norma aludida permite inferir que ello no es así, pues admite que los terceros se opongan a un trámite que aún no ha sido radicado, es decir, que el término de dos (2) meses que consagra la Ley 1ª de 1991 en su artículo 10 no siempre se configura.

3.2.2. *Solicitud, estudio y admisión*⁴⁴

En la cual el peticionario radica la solicitud de concesión portuaria dentro del término de un (1) mes, contado a partir de la fecha de la última publicación del aviso de intención.

La Ley 1ª de 1991 en el capítulo segundo, denominado “De la concesión portuaria”, en su artículo 9º se refiere a “Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria...”.

En relación con la norma mencionada es pertinente hacer las siguientes observaciones:

- No distingue entre persona natural o jurídica cuando se refiere al sujeto activo del trámite. En efecto, la petición puede ser elevada por una persona natural, con el compromiso de que manifieste su intención de constituir una sociedad portuaria, por cuanto las concesiones portuarias únicamente pueden otorgarse a sociedades de este tipo o por una persona jurídica.⁴⁵ A efectos de lo anterior, el solicitante debe aportar una *carta de intención*, documento en el cual expresa su voluntad de constituir la sociedad portuaria con el fin del otorgamiento de la concesión.
- La competencia de la entidad que recibe la solicitud y debe tramitarla actualmente corresponde al Instituto Nacional de Concesiones, establecimiento público adscrito al Ministerio de Transporte y creado mediante el Decreto 1800 de 26 de junio de 2006.⁴⁶

44 El Decreto 4735 de 2 de diciembre consagra que cuando la petición está incompleta, por faltarle alguno de los elementos que establecen la Ley 1ª de 1991 y el decreto reglamentario, la entidad realizará el requerimiento correspondiente por una sola vez. El Código Contencioso Administrativo prevé en el capítulo III, correspondiente al derecho de petición en interés particular, en el artículo 11, las peticiones incompletas. Insistimos en que la fuente del procedimiento administrativo analizado, que precede la suscripción de un contrato estatal, es el derecho de petición en interés particular.

45 El numeral 9.1. del artículo 9º exige como requisito de la solicitud de concesión portuaria “acreditar la existencia y representación legal del peticionario si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará los documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos”.

46 El Decreto 1800 de 26 de junio de 2003 en su artículo 2 establece: “Objeto. El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, tendrá por objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación de capital privado y en especial las concesiones en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario”.

- No precisa la forma en que se inicia la petición, es decir, cuál es la fuente. El Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, en su artículo 6°, denominado iniciativa, sí precisa que la solicitud podrá iniciar, entre otras formas, en ejercicio del derecho de petición en interés particular.⁴⁷ Consideramos que resulta atípico el ejercicio de este derecho, por naturaleza político, para iniciar un procedimiento tendiente al otorgamiento de un contrato estatal como lo es la concesión.⁴⁸

La petición puede ser elevada por una persona natural, con el compromiso de que manifieste su intención de constituir una sociedad portuaria, por cuanto las concesiones portuarias únicamente pueden otorgarse a sociedades de este tipo o por una persona jurídica.⁴⁹ A efectos de lo anterior, el solicitante debe aportar una *carta de intención*, documento en el cual expresa su voluntad de constituir la sociedad portuaria, con el fin del otorgamiento de la concesión.

47 “Artículo 6. Iniciativa. El trámite administrativo para el otorgamiento de concesiones portuarias [...] podrá iniciarse:

6.1. A solicitud de quienes ejerciten el derecho de petición en interés particular...”. Sobre este aspecto, Jorge CARRILLO TOBOS, al hacer una comparación de los procesos de reforma portuaria entre Argentina, Chile, México y Colombia, afirma: “... Igualmente se observa como las formas de operación definidas y la modalidad de contratación tuvo consideraciones similares para haber optado por el modelo de concesión portuaria y como (sic) los objetivos perseguidos por cada uno de los países tuvo alguna similitud entre todos. Dentro de la forma como cada país definió la forma de adjudicación se observa que todos excepto Colombia optaron por otorgar las concesiones a través de licitación pública donde los interesados presentaban al Estado sus propuestas y estos (sic) escogían los que mayores beneficios y garantías les representaban...” (CARRILLO TOBOS, Jorge. *Op. cit.*, pp. 33 y 34).

48 La Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 4, enuncia como contrato estatal la concesión. Adicionalmente y en virtud del principio de especialidad, la Ley 1ª de 1991, artículo 5°, numeral 5.2, define el contrato de *concesión portuaria*, como “contrato administrativo”. La Corte Constitucional, en sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo, definió el contrato de concesión como aquel “... por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona –generalmente un particular– denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total”. En casos como el de los puertos, el contrato acarrea la construcción de infraestructura, la cual al término del contrato revierte a la Nación.

49 El numeral 9.1 del artículo 9° exige como requisito de la solicitud de concesión portuaria “acreditar la existencia y representación legal del peticionario si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará los documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos”.

Asimismo, deberá reunir los requisitos enunciados en el Estatuto Portuario y el decreto reglamentario, que en términos generales son los siguientes: acreditación de la existencia y representación del peticionario, si es una persona jurídica. En caso de que no lo sea, debe manifestar su intención de concurrir a formar una sociedad portuaria, aportando el documento correspondiente;⁵⁰ precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que pretende ocuparse con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio;⁵¹ la descripción general del proyecto con sus especificaciones técnicas, modalidades de operación, volúmenes y clases de carga por movilizar;⁵² informar si se prestarán servicios al público en general;⁵³ aportar las garantías en los términos legales que amparen la seriedad de la oferta y la constitución de la sociedad portuaria, en caso de ser necesario, y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciarán y terminarán en un plazo preciso; indicar el plazo por el cual se desea la concesión; acreditar que los datos a los que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, así como el sentido general de la solicitud, han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos (2) periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión o puedan ser afectados por ella expresen

50 La Ley 1ª de 1991 se refiere a un documento en el que conste la intención de los socios eventuales, con indicación de sus aportes respectivos. El Decreto 4735 de 2009, artículo 9º, numeral 9.1.3.2, exige una promesa para constituir la sociedad, suscrita por el solicitante y los eventuales socios, indicando los aportes respectivos y con el lleno de los requisitos exigidos en el Código de Comercio.

51 Son aquellas zonas terrestres aledañas a las de uso público que no se entregan en concesión, pero que el peticionario requiere para desarrollar su proyecto, y por lo tanto debe acreditar su disponibilidad jurídica y material, generalmente a través de títulos de tenencia como contratos de arrendamiento, comodato o similares. La situación planteada en el problema jurídico no recaería sobre este tipo de bienes, sino sobre las zonas de uso público que el Estado entrega en concesión.

52 La clase de carga que se moviliza tiene implicaciones respecto del término por el cual se otorga la concesión. Para los puertos carboníferos existe una reglamentación especial, el Decreto 345 de 24 de febrero de 1992, el cual permite que el plazo del contrato de concesión para esta clase de puertos pueda ser hasta de treinta (30) años.

53 La Ley 1ª de 1991, artículo 5º, numerales 5.14 y 5.15, define los puertos de servicio privado y de servicio público, respectivamente, así: "Para la correcta interpretación y aplicación de esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: [...] 5.14. Puerto de servicio privado: Es aquel en donde solo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura. 5.15. Puerto de servicio público: Es aquel en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones....".

sus opiniones y hagan valer sus derechos.⁵⁴ El Decreto 4735 de 2009 exige, además, que el peticionario acredite el cumplimiento de las legislaciones especiales que rigen en las zonas de los territorios colectivos de comunidades negras y resguardos indígenas, así como sobre patrimonio arqueológico.⁵⁵

En caso de que el peticionario no aporte alguno de los requisitos previstos en la Ley 1ª de 1991 o su decreto reglamentario, la Administración requerirá al solicitante por una sola vez, por escrito, para que subsane la deficiencia. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las entidades decidan. Si hecho el requerimiento el peticionario no responde en el término de dos (2) meses,⁵⁶ se ordenará el archivo del expediente mediante acto administrativo debidamente motivado.⁵⁷

3.2.3. Audiencia

En la cual la Administración, una vez verificado que la solicitud cumple todos los requisitos legales, y transcurridos los dos (2) meses establecidos en el artículo 10, cita por medio de un acto administrativo a una audiencia pública para que el peticionario presente a las autoridades asistentes⁵⁸ el proyecto de concesión que pretende desarrollar, con las implicaciones jurídicas y financieras, y la entidad lea las oposiciones, en caso de que se hayan presentado dentro del término legal, se presenten las propuestas alternativas, y se dé apertura a los sobres que contengan los datos confidenciales, si así los hubieren presentado.

A la audiencia deberá citarse a las autoridades que por ley deban comparecer, a los peticionarios, a quienes hubieren presentado propuestas alternativas, y a los terceros que hubieren presentado oposición o que a juicio de la entidad puedan estar directamente interesados en el resultado del trámite.⁵⁹

54 Este último requisito no está enunciado en el artículo 9º del Decreto 4735 de 2009 como requisito o anexo a la solicitud; sin embargo, debe aportarse, no sólo porque la Ley 1ª de 1991 lo exige, sino también por la trascendental importancia que explicamos tiene respecto de los terceros en el trámite y en la determinación de términos perentorios y preclusivos para determinadas actuaciones.

55 Leyes 121 de 1991 y 70 de 1993, y 1185 de 2008, respectivamente.

56 Contados a partir del quinto día hábil de envío de la comunicación por parte de la entidad.

57 Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 10.

58 La entidad competente debe enviar por correo certificado a las autoridades enunciadas en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, una copia de la solicitud de concesión, anunciándoles la fecha de la audiencia, para que emitan el concepto correspondiente en el término de veinte (20) días.

59 En esta última categoría estaría incluido quien solicite la concesión sobre un área solicitada previamente en concesión, por fuera de los términos establecidos en el artículo 10 de la Ley.

3.2.4. Decisión

En la cual la Administración se pronuncia de fondo sobre la solicitud de concesión, negándola o aprobándola.

El Estado deberá negar este tipo de solicitudes cuando no se ajusten a la ley y al Plan de Expansión Portuaria, tuvieren un impacto ambiental negativo o no se contemplen las obras necesarias para prevenirlo, presenten inconvenientes cuya solución no sea posible, la actividad resulte contraria a las normas que la regulan o prosperen las oposiciones propuestas.⁶⁰

La solicitud será aprobada dentro de los cinco (5) meses siguientes a la presentación de la solicitud, mediante acto administrativo que indicará los términos en los cuales se otorgará la concesión.⁶¹ Esta decisión debe contener un análisis de la petición y todos sus documentos anexos, las oposiciones, las consideraciones y la decisión sobre éstas, así como sobre las peticiones alternativas y los conceptos emitidos por las autoridades, y debe notificarse al peticionario y comunicarse a las autoridades competentes.⁶²

3.2.5. Otorgamiento

En esta etapa el Estado otorga formalmente la concesión portuaria al interesado, siempre y cuando se haya agotado el trámite expuesto y se hayan cumplido los trámites ante las autoridades ambientales.

El acto administrativo de otorgamiento deberá: a) indicar con exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza; b) establecer el plazo para suscribir el contrato de concesión;⁶³ c) los requisitos esenciales que deberá reunir; d) el deber de dar trámite a las licencias o

60 Ley 1ª de 1991, artículo 11, y Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 14.

61 Esta resolución no es el acto administrativo definitivo que finaliza la actuación, es un acto de trámite, y por lo tanto, no crea ni confiere derechos al peticionario. El acto definitivo es el otorgamiento, que sí crea una situación jurídica particular a favor del peticionario.

62 El decreto reglamentario prevé la posibilidad de que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la comunicación de la resolución, las autoridades se opongan por motivos de legalidad o conveniencia (Ley 1ª de 1991, artículo 11, y Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 16).

63 La Ley 1ª de 1991 y el Decreto reglamentario, en los artículos 14, inciso segundo, y 22, establecen que si el *autorizado* no cumple dentro de los plazos previstos los requisitos necesarios para el otorgamiento formal de la concesión, caducará el derecho a ella. El decreto habla de pérdida del derecho, para evitar –creemos– equívocos con la cláusula exorbitante de caducidad, y establece que el acto se revocará y se hará exigible la garantía de seriedad de la oferta.

permisos que fueren necesarios y la consideración de que el permiso debe ajustarse a ellos.

En términos generales, las anteriores son las etapas que conforman el trámite administrativo analizado. Este procedimiento está complementado por la suscripción del contrato de concesión portuaria.

3.3. Los sujetos intervinientes

3.3.1. Partes

Son partes en el procedimiento administrativo de solicitud de concesión portuaria, el peticionario, esto es, como lo manifestamos anteriormente, una persona natural, con el compromiso de que manifieste su intención de constituir una sociedad portuaria, por cuanto las concesiones portuarias únicamente pueden otorgarse a sociedades de este tipo o una persona jurídica, y el Estado, como concedente y a quien corresponde otorgar la concesión una vez se haya agotado el trámite administrativo correspondiente.

3.3.2. Los terceros en el procedimiento administrativo de solicitud de concesión portuario y las solicitudes de concesión portuaria sobre una misma área

Ahora bien, entre los requisitos que debe contener la solicitud resultan de singular importancia para el caso que se analiza los enunciados en los numerales 9.2 y 9.8 de la Ley 1ª de 1991, según los cuales, el solicitante deberá “precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio”⁶⁴ y acreditar que tal información ha sido publicada, junto con el sentido general de la solicitud, en dos periódicos de circulación nacional; la periodicidad con que deben aparecer dichas publicaciones es de dos días distintos con intervalos de 10 días entre cada publicación. Esto con la finalidad de permitir que terceros conozcan sobre la solicitud y en caso de estar interesados o sentirse afectados con ésta, puedan expresarlo y hacer valer sus derechos.

64 De acuerdo con el artículo 5º, numeral 5.2, por medio del contrato de concesión portuaria, el Estado permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos. En algunos casos, las sociedades portuarias requieren para el desarrollo del proyecto portuario otras zonas que no se entregan en concesión por no ser bienes de la Nación. Estos inmuebles son las denominadas *zonas adyacentes de servicio*, cuya disponibilidad debe acreditarse al momento de presentar la solicitud de concesión portuaria.

La actuación administrativa de solicitud de concesión portuaria, en ejercicio del derecho de petición en interés particular, presupone la intervención de varios sujetos procesales.⁶⁵ Por regla general, la doctrina ha expresado que en el procedimiento intervienen un sujeto activo, el cual ejerce funciones administrativas y tiene la competencia para llevar a cabo el procedimiento y, en caso de ser necesario, adoptar la decisión correspondiente, y el sujeto pasivo, cuya presencia en el trámite “no sólo constituye garantía de respeto a los derechos fundamentales del interesado, sino también sinónimo de participación para la legalidad de la decisión”.⁶⁶ Finalmente, en el desarrollo del trámite pueden comparecer terceros,⁶⁷ o sujetos que pueden poseer un interés en el resultado de la actuación administrativa, razón por la cual deben ser convocados al proceso para garantizarles sus derechos.

Para el caso planteado, cuando existen dos (2) solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona, la calidad de *interesado* del segundo peticionario, en palabras de los autores citados, deviene de su propia actuación, es decir, de la comparecencia con posterioridad a la radicación del trámite original, pero con anterioridad a la decisión de la Administración.

65 Los tratadistas españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, al analizar la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España, diferencian entre los interesados en un procedimiento administrativo per se, es decir, titulares de un derecho, evento en el cual “la condición de interesado se sustenta por sí sola en la titularidad del derecho subjetivo, que por ser tal y existir con anterioridad a la iniciación misma del procedimiento de que se trate [...]”, y aquellos casos en que “... la condición de interesados en el procedimiento depende de su propia actitud en relación a este, es decir, de la promoción del mismo o de su ulterior comparecencia en él antes de que se produzca la resolución del mismo” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo II*. Sexta edición. Madrid: Civitas, 1999, pp. 472 y 473).

66 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op. cit.*, p. 223.

67 Los terceros “son todos aquellos sujetos que, no obstante detentar algún tipo de interés en los resultados de una actuación administrativa, permanecen fuera de esta, generando en consecuencia para la administración la obligación de convocarlos con el fin de que se conviertan en sujetos pasivos de la decisión” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op. cit.*). Se clasifican en necesarios y obligatorios. Los primeros son “aquellos que normalmente surgen de la realidad material de la controversia y que nuestra ley desagrega en terceros determinados e indeterminados, conforme a la redacción de los artículos 14 y 15 del C.C.A. Obligatorios son aquellos que no surgen de la necesidad procesal sino de directos mandatos constitucionales y legales que hacen vinculatorio e irremediable su convocatoria a determinadas actuaciones administrativas, adquiriendo en nuestra opinión el carácter de partes indispensables, sin cuya presencia sencillamente la actuación no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad...” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op. cit.*, p. 224).

El Estatuto Portuario en el artículo 10 y el Decreto Reglamentario 4735 de 2 de diciembre de 2009 en el artículo 11 regulan la intervención de los terceros (mediante las oposiciones o la petición alternativa) y de las autoridades dentro del trámite de concesiones portuarias. Para la intervención de los terceros se establece un término de dos (2) meses siguientes a la fecha de la última publicación del aviso de intención.⁶⁸ Cuando esta situación se presente, el interviniente deberá acreditar su interés para comparecer, oponiéndose a la solicitud de concesión portuaria o presentando una solicitud de concesión portuaria que cumpla los mismos requisitos exigidos para la solicitud original.⁶⁹

No obstante lo anterior, la normatividad portuaria⁷⁰ no prevé la posibilidad de que se presenten dos (2) solicitudes de concesión sobre las mismas zonas en diferentes momentos, la segunda de las cuales se radica con posterioridad a la petición original y por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991. En nuestro sentir, el Legislador omitió contemplar la posibilidad de que concurrieran solicitudes de concesión portuaria por fuera de los términos previstos en el artículo 10 de la ley en mención, es decir, que no encuadren en las figuras de *oposición* o *petición alternativa*, o lo que es lo mismo, por fuera del término de dos (2) meses siguientes a la fecha de la publicación del último aviso de intención.

En este caso, no existe una norma específica dentro del procedimiento administrativo especial que establezca la forma en que debe resolverse esta solicitud.⁷¹ Para solucionar el conflicto propuesto, consuetudinariamente se acude al aforismo latino de *prima in tempo prima in iure*, solución que no se considera la más acertada, por cuanto presenta varias dificultades hipotéticas, y adicionalmente, porque la costumbre no está prevista de manera expresa por el orden jurídico como fuente vinculante en el derecho administrativo, como sí lo es en derecho comercial.⁷²

68 Recordemos que la Ley 1ª de 1991, artículo 9º, exige como requisito de la solicitud de concesión portuaria acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, así como el sentido general de la solicitud, han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos.

69 Esta última situación es la que el Estatuto Portuario denomina “petición alternativa”, la cual, se resalta, debe presentarse dentro del término preclusivo de dos (2) meses siguientes a la fecha de la última publicación de la solicitud.

70 Nos referimos a la Ley 1ª de 1991 y al Decreto reglamentario 4735 de 2 de diciembre de 2009.

71 En este evento se presenta una concurrencia de peticiones, es decir, una pluralidad de oferentes para el Estado, en ejercicio en momentos diferentes de un derecho fundamental: el derecho de petición.

72 Código de Comercio, artículo 3º.

Ni la doctrina nacional ni la jurisprudencia se pronuncian sobre la situación planteada. Lo que se ha encontrado es la aplicación de una práctica reiterada de la Administración de acudir al criterio antes planteado para dar solución jurídica al problema.

III. CONCLUSIONES

Revisadas las fuentes mencionadas y analizado el trámite administrativo especial consagrado en la ley, concluimos:

1. la Ley 1ª de 1991 pretende estimular la inserción y la participación del sector privado en la actividad portuaria, la cual hasta la aparición de la referida norma había sido desarrollada por la empresa Colpuertos. Es por ello que consideramos al Estatuto Portuario un mecanismo utilizado para trasladar las funciones de prestación de los servicios portuarios a nuevos sujetos de derecho, las sociedades portuarias, y evitar que continuara el monopolio estatal en la actividad portuaria.
2. *No se concibe un puerto sin concesión portuaria.* Entendemos esta frase, correspondiente a la exposición de motivos de la Ley 1ª, como la íntima relación existente en el presupuesto jurídico del acto jurídico contractual, esto es, la concesión portuaria, para la operación de un puerto marítimo y el ejercicio de la actividad. Esta relación creemos que es consecuencia del carácter de interés público que por mandato de la Ley 1ª ostentan la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo de los puertos.
3. El contrato de concesión portuaria tiene una reglamentación atípica, en cuanto es el resultado de un procedimiento administrativo especial, originado en el ejercicio del derecho de petición en interés particular. El contrato implica un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes, mientras que el procedimiento administrativo, por esencia, culmina con la expedición de un acto administrativo, mas no de un contrato, cuyo contenido está demarcado básicamente por las condiciones en las cuales se otorgó mediante el acto administrativo.
4. Consideramos atípico el uso de un derecho fundamental de contenido participativo y político para obtener el “otorgamiento” de un contrato estatal, porque la modalidad bajo la cual se ejerce, en nuestro criterio, no garantiza realmente el principio de selección objetiva en la contratación estatal. Por ello insistimos en denominar a la concesión portuaria *contrato estatal atípico*.
5. El procedimiento administrativo de solicitud de concesión portuaria se asemeja a un proceso de contratación directa, pues paradójicamente el ejercicio

del derecho de petición restringe la posibilidad de que el Estado seleccione entre varias propuestas, máxime cuando existen dos solicitudes sobre la misma zona, la segunda de ellas presentada por fuera del término del artículo 10 de la Ley 1ª.

6. Existe un vacío legal en el régimen portuario, toda vez que se guarda silencio sobre si debe tramitarse y cómo la solicitud de concesión portuaria, en ejercicio del derecho de petición en interés particular, radicada por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, sin que constituya una oposición o propuesta alternativa a una solicitud sobre una misma área en estudio de petición de concesión.
7. En el mismo sentido se observa un vacío legal, teniendo en cuenta que el régimen portuario no prevé la posibilidad de que un tercero solicite una concesión portuaria sobre un área previamente solicitada por otro particular, pero por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991.
8. El derecho de petición, si bien es compatible con el procedimiento administrativo, no se considera el mecanismo más adecuado para iniciar un procedimiento cuya finalidad es el otorgamiento de un contrato estatal como lo es la concesión portuaria, pues creemos que no se garantiza una selección completamente objetiva del contratista para el Estado.
9. La sentencia latina *prima in tempo prima in iure* no se considera idónea para resolver el interrogante planteado, por cuanto no garantiza per se una selección objetiva del contratista del Estado. En efecto, dar prelación al peticionario que ha radicado primero en el tiempo su solicitud, no implica que sea la mejor propuesta para el Estado y significa presuponer, sin estudiar de fondo la solicitud, que las condiciones del proyecto ofrecido son mejores, solamente por haberse radicado con antelación.
10. El régimen legal portuario difiere de otros procesos contractuales administrativos, en especial en cuanto al mecanismo utilizado para el otorgamiento del contrato de concesión portuaria, pues no utiliza un proceso licitatorio, sino un proceso administrativo, mediante el ejercicio del derecho de petición en interés particular, que se asemeja más a un proceso de contratación directa.
11. Si bien, *stricto sensu*, la institución jurídica del silencio administrativo podría aplicarse en los trámites administrativos de solicitudes de concesión portuaria, en la práctica no se encuentra la operancia de la figura, por cuanto no se configura, es decir, la Administración siempre emite un pronunciamiento. Al

respecto, insistimos en que el derecho de petición no se considera el mecanismo idóneo para el otorgamiento de un contrato estatal.

12. Consideramos que hoy por hoy, dados los procesos de globalización e internacionalización, el otorgamiento de las concesiones portuarias debería estar precedido de una licitación pública, que garantice en igualdad de condiciones una selección objetiva entre varias propuestas, nacionales o extranjeras, evitando restringir dicha elección con el ejercicio del derecho de petición.

IV. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS, Javier y GÓMEZ, Robinson. Contraloría General de la República, Contraloría Delegada, Sector Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional. “Desarrollo de las concesiones portuarias en Colombia: sociedades portuarias regionales” [artículo en línea]. Bogotá, 19 de abril de 2010, 83 p. [consultado el 20/10/2010]. Disponible en http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. 7ª edición. Medellín: Señal Editora, 2009.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. 1ª edición. Bogotá: Legis Editores, 2003.
- BURKHALTER, Larry. *Privatización portuaria: bases, alternativas y consecuencias*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 1999.
- CARRILLO TOBOS, Jorge. *Concesiones portuarias en Colombia: caso Buenaventura*. Magíster en Administración Profesional, Universidad de los Andes, Facultad de Administración, Bogotá, mayo de 2008.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 9ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), UNIDAD DE TRANSPORTE DE LA DIVISIÓN DE COMERCIO INTERNACIONAL, FINANCIAMIENTO Y TRANSPORTE. “Curso sobre modernización portuaria: una pirámide de desafíos entrelazados”. S/I, 3 de febrero de 1997.
- CONCESIONES PORTUARIAS. Bogotá: Editorial Avance Jurídico, 2004, 2005 y 2007-2010.
- DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe (comp.). *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, enero de 2010.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 3611, Plan de Expansión Portuaria 2009-2011: Puertos para la competitividad y el desarrollo sostenible. Bogotá, 2009.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Vol. I: “Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa”. 10ª edición. Madrid: Tecnos, 1994.
- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY 1ª DE 1991. Publicaciones Diario Oficial No. 39.626, 11 de enero de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español: análisis de la selección de contratistas*. 1ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES PORTUARIOS DE CHILE (FENATRAPORCHI). “Chile, una propuesta país, Ley General de Puertos” [artículo en línea], Chile, enero de 2008, 42 p. [consultado el 09/11/2010]. Disponible en <http://www.fenatraporchi.cl/>

- FLÓREZ ENCISO, Luis Bernardo. "El transporte y el sistema portuario en la modernidad económica colombiana". *Carga Internacional*, Vol. 12, No. 41, octubre de 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo II*. 6ª edición. Madrid Civitas, 1999.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo* (con la colaboración de Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ). 12ª edición. Madrid: Tecnos, 2006.
- HISTORIA DE LAS LEYES, *Ley 01 de 1991*, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primera debate.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de Derecho constitucional y administrativo*. 2ª edición. Bogotá: Legis, Universidad Sergio Arboleda, 2007.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra-España): Editorial Aranzadi, 2006.
- MEDINA MORA, Óscar Humberto. *El puerto*. 1ª edición. Cartagena de Indias: Sepima Impresores, 2006.
- MERKL, Adolfo. *Teoría general del Derecho administrativo*. Albolote (Granada-España): Editorial Comares, 2004.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación*. Armenia: Universidad del Quindío, Corporación José Ignacio de Márquez, 2005.
- MORENO A., Domingo Bernardo, URREGO U., Caroline Deyanira y VERGARA P., Ernesto Manuel. *Estatuto de Puertos Marítimos: jurisprudencia, concordancias y comentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano: parte general*. 8ª edición. S/l: Legis Editores, 1999.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 5ª edición actualizada. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. "Selección de contratistas". *Revista de Derecho Público* (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho), No. 17, mayo de 2004.
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I, parte general*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I, parte general*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.
- PEREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho administrativo*. 5ª edición. Barcelona: Ariel, 1994, 1998.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. 2ª edición. Bogotá: Temis, 2006.
- SALCEDO SALAZAR, Guillermo. *Aspectos básicos del transporte en Colombia*. Bogotá: Ediciones Angular, 1987.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. *Manual de Derecho administrativo (II)*. 1ª edición. Universidad Europea de Madrid-CEES, Editorial Colex, 1997.

- SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. *Acto administrativo, teoría general*. 3ª edición. Legis Editores, 2004. En: SÁNCHEZ, Ricardo J. “Puertos y transporte marítimo en América latina y el Caribe: un análisis de sus desempeño reciente”. En: CEPAL, SERIE DIVISIÓN DE RECURSOS NATURALES E INFRAESTRUCTURA, NACIONES UNIDAS, diciembre de 2004, Santiago de Chile.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo*. 4ª edición. Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Derecho procesal administrativo y contencioso*. 1ª edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1997.
- VERGEL SALVADOR, Enrique. *La privatización portuaria y su impacto en el comercio exterior*. Tesis para optar al título de economista. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Economía, enero de 1998.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. 13ª edición. Bogotá: Legis Editores, 2008.
- VILLEGAS GONZÁLEZ, Nora Lucía. “Trasfondo de la problemática en Puertos de Colombia”. *Revista Antioqueña de Economía* (Medellín), No. 12, octubre-diciembre de 1983.
- VILORIA DE LA HOZ, Joaquín. *De Colpuertos a las sociedades portuarias: los puertos del Caribe colombiano, 1990-1999*. Cartagena de Indias: Banco de la República, 2000.
- ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. *¿Por qué ha sido tan exitosa la reestructuración portuaria en Colombia?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Normas colombianas

Constitución Política de 1991.

Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

Decreto 1400 de 6 de agosto de 1970, modificado por la Ley 794 de 8 de enero de 2003, Código de Procedimiento Civil.

Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”.

Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Código de Comercio.

Decreto 433 de 8 de febrero de 2010, “Por el cual se aclara, adiciona y modifica parcialmente el Decreto 4735 de 2009”.

Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, “Por medio del cual se reglamenta el trámite de solicitud de concesiones para el desarrollo de actividades portuarias, previstas en la Ley 1ª de 1991 y en la Ley 1242 de 2008”.

Ley 1150 de 2007.

Ley 1ª de 1991, “Estatuto de Puertos Marítimos”.

Ley 57 de 1887, Código Civil.

Ley 80 de 28 de octubre de 1993, “Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”

Normas extranjeras

Ley de Puertos Argentina, Ley 24.093 de 24 de junio de 1992.

Ley de Puertos de Chile, Ley 19.542 de 19 de diciembre de 1997.

Ley de Puertos de México, Ley de Puertos DOF de 19 de julio de 1993.

Jurisprudencia y conceptos colombianos

Consejo de Estado

Concepto No. 1175 de 23 de marzo de 2000.

Concepto No. 1190 de 5 de mayo de 1999.

Concepto No. 1264 de 16 de marzo de 2000.

Concepto No. 1551 de 26 de febrero de 2004.

Concepto No. 1651 de 31 de agosto de 2005.

Concepto No. 639 de 30 de septiembre de 1994.

Sentencia de 15 de agosto de 2002, Sección Tercera, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-3599-01(13862).

Sentencia de 15 de diciembre de 1993, Sección Primera, Radicación número: 2232.

Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Sección Tercera, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

Corte Constitucional

Sentencia T-299 de 11 de julio de 1995., M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-1006 de 20 de septiembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-1160A de 1° de noviembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-510 de 25 de mayo de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-192 de 15 de marzo de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-199 de 28 de febrero de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-272 de 11 de marzo de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

Páginas web consultadas

<http://www.oas.org/CIP>

<http://www.supertransporte.gov.co/super/>

<http://www.cormagdalena.com.cosupertransporte.gov.co>

<http://www.dimar.mil.co/VBeContent/home.asp>

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/BJV/portal/>

<http://www.uniandes.edu.co/>

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/inicio/inicio.htm>

<http://www.urosario.edu.co/biblioteca/>

<http://www.uexternado.edu.co/>

<http://www.sinab.unal.edu.co/>

<http://www.consejoportuario.com.ar/home.aspx>

Fuentes archivísticas

Archivo Documental del Instituto Nacional de Concesiones.

Archivo Legislativo del Senado de la República, tomo 922, año 1991. Exposición de motivos al proyecto de ley “Por el cual se dicta el estatuto de puertos”, 30 de octubre de 1990.

